

Fernando Rubin

# A PRECLUSÃO NA DINÂMICA DO PROCESSO CIVIL

**2ª Edição**

**revista, atualizada e ampliada,  
contendo estudo do projeto  
do novo CPC**

SÃO PAULO

EDITORA ATLAS S.A. – 2014

© 2013 by Editora Atlas S.A.

A primeira edição desta obra foi publicada  
pela Livraria do Advogado; 2. ed. 2014



Capa: Zenário A. de Oliveira  
Projeto gráfico e composição: CriFer – Serviços em Textos

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Rubin, Fernando

A preclusão na dinâmica do processo civil / Fernando Rubin.  
– 2. ed. rev., atual. e ampl., contendo estudo do Projeto do  
novo CPC. – São Paulo: Atlas, 2014.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-8793-6

ISBN 978-85-224-8794-3 (PDF)

1. Preclusão (Direito) – Brasil 2. Processo civil – Brasil I. Título.

14-01499

CDD-347.933(81)

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Preclusão : Processo civil 347.933(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução  
total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime  
estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,  
de 14 de dezembro de 2004.

*Impresso no Brasil/Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.  
Rua Conselheiro Nébias, 1384  
Campos Elísios  
01203 904 São Paulo SP  
011 3357 9144  
atlas.com.br

# Sumário

*Apresentação*, xvii

*Prefácio à 1ª edição*, xxi

*Prefácio à 2ª edição*, xxiii

*Nota do Autor à 1ª edição*, xxv

*Nota do Autor à 2ª edição*, xxvii

- 1 Delimitação do Tema e Linhas Metodológicas – Introdução**, 1
- 2 Abordagem propedêutica: o processo e o fenômeno preclusivo**, 7
  - 1 O processo como instrumento de jurisdição do Estado. A prevalência da “Justiça Judicial” e as vias alternativas de resolução dos conflitos, 7
  - 2 O aspecto formal/externo e material/interno do processo. Evolução do pensamento moderno em Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, 10
  - 3 O enfoque na noção de procedimento: a conformação da teoria da ação; a relação próxima com o impulso processual; e o princípio dispositivo, 14
  - 4 A disciplina dos prazos processuais: termo *a quo* e termo *ad quem*, 17
  - 5 A figura da preclusão na sistemática processual, 18
  - 6 A aplicação do fenômeno preclusivo frente à adoção simultânea de múltiplos procedimentos pelo ordenamento processual, 19
- 3 Noções Fundamentais do Instituto da Preclusão**, 21
  - 1 A essência da preclusão processual, 21
    - 1.1 Origem latina do termo. Conceito-finalidade, 21

- 1.2 A sua sistematização como instituto de direito processual. Breve digressão histórica no direito comparado e pátrio, 23
- 1.3 As discussões (D’Onofrio e Attardi) em torno do âmbito de aplicação do instituto, a partir dos avanços conceituais de Chiovenda: instituto só vinculado às partes?, 27
- 1.4 Continuação. O emprego (impreciso) da expressão “preclusão *pro judicato*”. A cunhagem originária em Redenti, 31
- 1.5 Sintética conclusão parcial: relação do instituto com os atos das partes e do juiz. Ênfase à participação do instituto como o grande limitador para a atividade das partes, 35
- 2 Preclusão como princípio e como técnica processual, 35
  - 2.1 O instituto como técnica processual, 35
  - 2.2 O instituto como princípio processual, 39
  - 2.3 Continuação. O instituto na Teoria Geral do Processo: fundamentos no processo civil e no processo penal, 41
  - 2.4 Continuação. Reforço das tênues diferenças entre as concepções possíveis do instituto. Ponderações quanto à posição de Guarnerie Moniz de Aragão, 43
  - 2.5 Decisão rápida *versus* decisão justa: a contemplação dos valores da efetividade processual e da segurança jurídica, e a perspectiva do “formalismo-valorativo”, 44
- 3 Diferenciações importantes da preclusão para outros institutos, 49
  - 3.1 Introdução: equívoca equiparação de fenômenos diversos, de direito material e processual, 49
  - 3.2 Preclusão *versus* decadência. Posição atual da doutrina italiana (Fabio Marelli), 50
  - 3.3 Preclusão *versus* prescrição, 53
  - 3.4 Preclusão *versus* perempção, 54
  - 3.5 Preclusão *versus* nulidade. Natureza jurídica sancionatória do instituto?, 57
  - 3.6 Preclusão *versus* coisa julgada, 62
    - 3.6.1 A nomenclatura tradicional, sedimentada em Liebman: espaço da coisa julgada material, da coisa julgada formal e da preclusão, 62
    - 3.6.2 A inutilidade do conceito “coisa julgada formal” denunciada por Ugo Rocco e Agrícola Barbi, 65
    - 3.6.3 Continuação. O devido espaço da coisa julgada material e da preclusão; a hipótese de “preclusão de instância”. Viável amálgama dos modelos de Giovanni Pugliese e Galeno Lacerda, 69

- 3.6.4 Continuação. Novas perspectivas críticas quanto ao espaço da coisa julgada material e preclusão. As posições de Tesoriere, Betti e Ferri, 72
- 3.6.5 Semelhança na aplicação da coisa julgada material e preclusão: o objeto das questões decididas. Espaço para aplicação do art. 469, I, do CPC, 75
- 3.6.6 A resistência (diferenciada) da coisa julgada material e da preclusão frente à lei nova, a partir de estudo de ensaio de Chermont de Miranda, 78
- 3.6.7 A atuação (diferenciada) da coisa julgada material e da preclusão na fase de execução, 83
- 3.6.8 A eficácia preclusiva da coisa julgada material: exegese do art. 474 do CPC; a abrangência do “objeto litigioso do processo” e as concepções de “fato jurídico” e “fato simples” de Schönke para a fixação dos limites objetivos da coisa julgada, 89
- 3.6.9 Sintética conclusão quanto aos fenômenos da coisa julgada material e preclusão. A situação excepcional dos despachos de mero expediente (art. 504 do CPC), 97
- 4 Modalidades de preclusão, 98
  - 4.1 Introdução: a classificação tripartida de Chiovenda. Opção pela inaplicação da modalidade “preclusão ordinatória” de Riccio, 98
  - 4.2 A preclusão temporal, 102
    - 4.2.1 Disciplina geral da modalidade, 102
    - 4.2.2 Continuação: os prazos impróprios (“dilatatórios” ou “não preclusivos”) e a aplicação distinta sobre as figuras das partes e do juiz. A efetiva contribuição de Edoardo Balbi, 104
    - 4.2.3 As medidas tipificadas de controle de prazo dos atos processuais sob responsabilidade do juiz, 107
    - 4.2.4 A aplicação da justa causa: exegese do art. 183 do CPC; casos práticos, 110
  - 4.3 A preclusão lógica, 113
    - 4.3.1 Disciplina geral da modalidade, 113
    - 4.3.2 A utilização da espécie na seara recursal: o teor do art. 503 do CPC, 114
    - 4.3.3 Continuação. Hipóteses do CPC em que necessários seus préstimos, 115
    - 4.3.4 Outras hipóteses no CPC fora do âmbito recursal, 119
    - 4.3.5 A possível incidência da modalidade para o juiz, 120

- 4.4 A preclusão consumativa, 123
  - 4.4.1 Disciplina geral da modalidade, 123
  - 4.4.2 A concepção da preclusão lógica na esfera de abrangência da preclusão consumativa, 123
  - 4.4.3 A incidência da espécie para o juiz e para as partes: o teor dos arts. 471 e 473 do CPC, 124
  - 4.4.4 Continuação. Sete momentos processuais polêmicos e frequentes na prática forense recursal de incidência da espécie para as partes, 125
  - 4.4.5 Síntese conclusiva quanto aos casos de incidência da modalidade para as partes, 141

#### 4 Preclusão e Atores Processuais: Estado-Juiz e Partes, 142

- 1 Preclusão de atos do juiz (questões), 142
  - 1.1 Introdução: limites da investigação, 142
  - 1.2 Regra da preclusividade das decisões judiciais, em estudo à incidência do fenômeno entre as instâncias julgadoras. Exceção referente às matérias não preclusivas, e a concepção de contraditório prévio em Vittorio Denti, 142
  - 1.3 Continuação. Situação anômala de revogação das liminares: tutela antecipada de mérito e tutela cautelar, 146
  - 1.4 Continuação. Criteriosa utilização do atípico pedido de reconsideração. Nosso descompasso com a doutrina majoritária, 151
  - 1.5 As matérias não preclusivas, 157
    - 1.5.1 Breve apresentação: matérias de “ordem pública” e matérias apreciáveis *ex officio*. Imagem matemática de Teresa Arruda Alvim Wambier, 157
    - 1.5.2 As condições da ação e os pressupostos processuais, 158
      - 1.5.2.1 A disciplina dos incisos IV e VI do art. 267 do CPC. O estudo da fase de saneamento e a não preclusividade de questões implícitas, 158
      - 1.5.2.2 As espécies componentes de cada uma das preliminares de mérito, 161
      - 1.5.2.3 A grande discussão doutrinária: as correntes diversas a respeito da não preclusividade, 163
      - 1.5.2.4 A teoria da asserção e a relativização à regra da não preclusividade para as condições da ação, 167
      - 1.5.2.5 Exceções à regra da não preclusividade também para os pressupostos processuais, 171

- 1.5.2.6 A regra geral do art. 267, § 3º, do CPC nas instâncias extraordinárias, diante da exigência do prequestionamento, 172
- 1.5.2.7 A regra geral do art. 267, § 3º, do CPC e os limites do efeito translativo dos recursos diante da vedação à *reformatio in peius*, 175
- 1.5.3 Juízo de admissibilidade recursal: exegese do art. 518 do CPC. Redação da Lei nº 8.950/94 e modificação inócua estabelecida pela Lei nº 11.276/2006, 179
- 1.5.4 Nulidades, 184
  - 1.5.4.1 Regra da não preclusividade para as nulidades absolutas: o art. 245 do CPC, 184
  - 1.5.4.2 Aplicação das conclusões pretéritas a respeito da viabilidade do exame de questões nas instâncias excepcionais e limites ao efeito translativo, 188
  - 1.5.4.3 Exame de quatro principais nulidades (absolutas) não preclusivas, 189
- 1.5.5 Direito probatório, 198
  - 1.5.5.1 Regra da não preclusividade assentada na relativização do princípio dispositivo (em sentido processual ou impróprio), 198
  - 1.5.5.2 Ponderações práticas quanto à reconsideração do despacho que havia indeferido meio de prova. A interpretação (restritiva) do art. 330, I, do CPC e o caráter excepcional da limitação ao direito de provar, 205
  - 1.5.5.3 Impossibilidade de reconsideração do despacho que havia deferido meio de prova (discussão proposta por Manoel Caetano Ferreira Filho), 209
- 1.5.6 Erro material: extensão do art. 463, I, do CPC. Construção de uma diferenciação para o erro de fato, o erro de direito e o erro de procedimento, 211
- 1.5.7 Prescrição: aplicação do novel art. 219, § 5º, do CPC. Críticas da doutrina à novidade estabelecida pela Lei nº 11.280/2006, 217
- 1.5.8 Observação derradeira quanto às situações (excepcionais) não preclusivas para o magistrado, 225
- 2 Preclusão de atos das partes (faculdades), 226
  - 2.1 Introdução: Distinção entre preclusão referente ao ato processual de recorrer e referente aos atos processuais necessários no desenvolvimento das fases do procedimento, 226

- 2.2 A preclusão de faculdades e a utilização da técnica da eventualidade, 227
  - 2.2.1 Necessária distinção entre os institutos, 227
  - 2.2.2 Reconhecimento de uma aproximação entre os institutos nos sistemas processuais modernos. Espaço da eventualidade (realce em Wyness Millar) e defesa da utilização da técnica também para além da fase postulatoria (eventualidade em sentido lato), 228
  - 2.2.3 Vinculação histórica da eventualidade à preclusão de faculdades envolvendo ambas as partes. Incidência mais severa da técnica para o réu, 231
- 2.3 Preclusão de faculdades para o réu, 233
  - 2.3.1 Técnica da eventualidade para a apresentação das matérias de defesa: o teor do art. 300 do CPC, 233
  - 2.3.2 Continuação. O prazo para contestar no direito comparado e pátrio, a partir de estudo de ensaio de Mario Piu Fuiano, 235
  - 2.3.3 Disposições gerais sobre o fenômeno da revelia, 238
  - 2.3.4 Continuação. Revelia e preclusão de provas: exegese e (in)aplicação do art. 330, II, do CPC, 240
- 2.4 Preclusão de faculdades para o autor, 244
  - 2.4.1 Técnica da eventualidade para a apresentação de matérias de ataque: o teor do art. 282 do CPC. Enfoque à rigidez do princípio dispositivo (em sentido material ou próprio), como o grande limitador para a atividade do magistrado, 244
  - 2.4.2 Regras da eventualidade e preclusão para o autor como pressuposto da teoria da substanciação (contribuição de Cruz e Tucci). Situação excepcional de aplicação do art. 462 e do art. 517 do CPC, 247
  - 2.4.3 Fixação e estabilização do pedido e da causa de pedir no direito processual comparado e pátrio, 250
  - 2.4.4 Continuação. Modelo de alteração (legislativa) da rigidez da estabilização da demanda contida no art. 264 do CPC. Reflexões quanto à posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, 256
- 5 **Perspectiva de Aprofundamento a partir dos Elementos Sedimentados: Possibilidade de Construção de um Modelo Constitucional de Aplicação Reduzida da Preclusão Processual, 262**
  - 1 Da importância teórica e prática da sedimentação de conceitos e diferenciações apontadas. Da compreensão do instituto na Teoria Geral do Processo a sua firme acomodação na perspectiva de um Direito Processual Constitucional, 262



- 2 A defesa de um modelo de utilização reduzida da preclusão (como técnica) no sistema processual-constitucional, tanto pela via doutrinária/jurisprudencial quanto pela via legislativa, 264
- 3 Continuação. Os efeitos da preclusão são realmente tão intensos na garantia da efetividade do processo? Os reais fatores (extrajurídicos) antiefetividade e a crítica pertinente à onda reformista, 275
- 4 Possibilidades práticas de relativização da preclusão na instrução diante do direito prioritário e constitucional à prova, 281
- 6 Os movimentos de reforma do CPC-1973 e a nova conformação projetada para a preclusão, 292**
  - 1 A onda reformista – 1992/2010 – e a perspectiva de um novo CPC, 292
    - 1.1 Objetivos das reformas ao CPC/1973, 292
    - 1.2 Continuação. Temas centrais objeto de reformas ao CPC/1973, 294
    - 1.3 Crítica à onda reformista e à necessidade de um novo CPC, 296
    - 1.4 Quadro comparativo com as reformas do CPC italiano/1940; o modelo da lei italiana nº 69/2009 e o Projeto de Lei nº 166/2010 para um novo CPC brasileiro, 299
    - 1.5 O Projeto do Novo CPC no Senado e na Câmara Federal, 300
  - 2 O Projeto do novo Código de Processo Civil, 301
    - 2.1 Linhas inovadoras do Projeto; a sistematização de uma Teoria Geral de Processo Constitucional, 301
    - 2.2 Relativização do princípio dispositivo; flexibilização no marco de alteração da causa de pedir/pedido; e o destaque para as matérias reconhecíveis de ofício, 303
    - 2.3 Simplificação do sistema recursal, 305
    - 2.4 Minoração na aplicação da técnica preclusiva, 306
    - 2.5 Continuação. Explicitação dos cenários em que corretamente é projetada a redução dos préstimos da preclusão, 307
  - 3 Balanço do período 2010-2013 de debates em torno do projeto para um novo CPC, 313
  - 4 Síntese conclusiva em relação aos movimentos legislativos de reforma, 326
- 7 Conclusões, 329**
- Referências bibliográficas, 341**